|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית משפט השלום בנצרת** | | |
|  | | |
| מועד נ' ליבמן ואח' | | 10 אפר 2018 7284-05-16 |
|  | | |
| **הרשמת הבכירה** | רביע ג'באלי | |
|  | | |
| **תובעים** | חוסאם מועד | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **נתבעים** | 1. שמואל ליבמן 2. מרים ליבמן | |

**פסק דין**

בפניי תביעה כספית לתשלום סכום של 72,838 ₪.

**העובדות וטענות הצדדים בתמצית:**

טענות התובע:

הצדדים גרים בשכנות, ברחוב X בעיר נצרת עילית, בשני בתים נפרדים, שביניהם מפריד קיר תומך (להלן: "הקיר"), הוא מושא המחלוקת בתיק זה.

את ביתו של התובע, הוא קנה, יחד עם אשתו, בשנת 2005 מאת סמי וסימונה קרודו (להלן: "המוכרים"), ועבר לגור בו עם משפחתו בסוף שנת 2007, בעת המעבר הקיר היה כבר קיים.

התובע טען, כי בסמוך ל- 17.12.09 הבחין בנזק לקיר בדמות סדקים רחבים ועמוקים בתוכו שלא היו לפני כן.

התובע פנה לחברת הביטוח המבטחת את ביתו והלה שלחה מטעמה מהנדס שקבע כי גורם הנזק הינו ליקויי בנייה ואין קשר בין מצב הקיר לגשמים הנטענים.

התובע פנה לקבלת חוות דעת פרטית מטעמו של השמאי באסם חכים, אשר קבע, בהסתמך על ממצאים של המהנדס האזרחי נאדר סרוג'י, כי מקור הסדק, הוא הצטברות מי גשמים מאחורי הקיר מצד השכנים, הוא אמד את הנזקים ב- 216,340 ₪.

התובע הגיש תביעה נגד חברת הביטוח והמוכרים, בביהמ"ש השלום קריות, במסגרתה הסכימה חברת הביטוח לשלם לו סך של 50,000 ₪ אילו התביעה נגד המוכרים נמחקה.

התובע לא תיקן את הסדקים בקיר, וטוען כי ביום 16.1.15, אשתו הבחינה בבטן בתחתית הקיר שבלטה בצורה חריגה החוצה וחלק מהאבנים של הקיר התפרקו. התובע פנה לנתבעים על מנת ששני הצדדים יתקנו את הקיר במשותף, אולם, לטענתו, הם סירבו; הוא פנה לעירייה, ומהנדס מטעמה ביקר במקום והוציא מכתב כי מדובר בקיר מסוכן ויש לנקוט באמצעים למניעת סכנה לנפש ולרכוש (נספח ג' לכתב התביעה); העירייה דרשה את תיקון הקיר ללא צורך בהוצאת היתר בנייה.

התובע טוען, כי במעמד ביקור מהנדס העירייה הוא הבחין במרזב של הגג של הנתבעים שממנו דלפו מים ישר אל מאחורי הקיר בצד השכנים, וכי הבטן שהתנפחה הייתה בקו ישר עם המרזב וזה מה שגרם לנזק לקיר.

התובע פנה לשני אנשי מקצוע שהכינו שתי הצעות לתיקון הקיר, האחת בסך של 123,564 ₪ והשנייה בסך של 95,208 ₪ [ שתיהן ללא פיקוח הנדסי, צבע, גינון, חשמל ושבילים], ההבדל בין ההצעות הינו בסוג הקיר שיש לבנות כאשר ההצעה הראשונה כוללת בנית קיר בגובה 4.5 מטר והשנייה בנית קיר בגובה 3 מטר אורך 12 מטר ועוד קיר פנימי בתוך שטח הנתבעים בגובה 2 מטר ואורך 7 מטר.

התובע טוען, כי הנתבעים הסכימו להשתתף בעלויות התיקון לאחר שהעירייה נכנסה לתמונה, הוכנה תכנית לבנית הקיר ושכר המתכנן שולם בידי שני הצדדים והקבלן שהתובע הזמין, בשם מג'די עלי (ששכרו שולם בידי שני הצדדים), החל בעבודות הריסת הקיר, אולם, אז הנתבעים התנו את הסכמתם להשתתפות בכך שלא יישאו באחריות עתידית כלשהי בנושא הקיר (נספח ו לכתב התביעה), משלא הסכים התובע הנתבעים גירשו את הקבלן מהשטח ולא הרשו לו להיכנס לבצע את העבודות מחלקתם.

התובע טוען , כי בעקבות סירוב הנתבעים, הוא נאלץ לבצע את העבודות דרך חלקתו, דבר שגרם להרס הגינה והשביל, הוא שכר קבלן בשם וליד מועד שביצע את עבודות התיקון של הקיר, דבר שהגדיל את העלויות.

התובע טוען כי לאחר השלמת העבודות הוא ביקש מהנתבעים לתקן את ניקוז המרזב, ואכן הם חיברו למרזב צינורות ששפכו את המים לתעלת הביוב שלהם ובכך מנעו הצטברות מים חריגה מאחורי הקיר.

התובע טוען בכתב התביעה, כי עלויות תיקון הקיר, הגינה והשביל הם בסכום של 145,675 ₪, והוא דורש שהנתבעים ישלמו לו את מחציתם בסך של 72,838 ₪, זאת מכוח ההסכמה שהייתה בין הצדדים ו/או מחמת רשלנות הנתבעים באי טיפול במרזב שגרם נזק לקיר. בנוסף, דורש התובע תשלום הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

טענות הנתבעים:

הנתבעים טוענים כי יש לדחות את התביעה נגדם מאחר וככל שהנזק הנטען אכן נגרם, הרי מקורו בכוח עליון שאין להם שליטה עליו.

הנתבעים טוענים בכתב ההגנה, כי עד לשנת 2009 לא היו סדקים בקיר, הסדקים נגרמו מעבודות השיפוץ שהתובע ביצע בבית ובגינה לאחר שקנה את הבית ועבר לגור בו.

עוד טוענים הנתבעים כי התובע קיבל כספים מחברת הביטוח בשנת 2013 אולם לא תיקן את הקיר במשך 3 שנים בניגוד לחובתו להקטין את נזקיו.

הנתבעים טוענים, כי הסכימו לשאת במחצית עלות תיקון הקיר ע"פ ההצעה של מג'די עלי הקבלן, אך מאחר והתובע התעקש על בנית קיר מאבן כבד ולא מיציקת בטון מזוין , הם התנו הסכמתם בכך שלא יישאו באחריות עתידית אך, התובע סירב.

הנתבעים טוענים, כי המרזב שבצד הקיר המשותף, נמצא במרחק 3 מטר מהקיר והוא מנקז מים של כ- 20 מ"ר של הגג בלבד לכן כמות המים שיורדת ממנו בחורף היא כמות מזערית אשר לא גרמה נזק לקיר.

הנתבעים טוענים, כי אינם אחראים ואינם חייבים לפצות את התובע בגין עבודות צבע, חשמל וגינון, עבודות שבחר ויש לדחות את התביעה נגדם.

**דיון והכרעה:**

כאמור, התובע דורש תשלום עבור תיקון מחצית הקיר וגם עבור מחצית ההוצאות בגין תיקון הגינה והשביל שנהרסו כתוצאה מכניסת הטרקטורים והעובדים לצורך ביצוע העבודות.

אציין תחילה, לא היה קל לחלץ את העילה מכוחה מבקש התובע את הסעד בתביעה כאן, האם הוא מכוח דיני הקניין, דיני החוזים או הנזיקין, טענות התובע אודות החיוב בנזיקין בכתב התביעה קיבלו ביטוי שונה בחקירת התובע, כך למשל העיד בפניי בעמ' 6 לפרוטוקול:

**"ש. מדוע לא זומן להעיד מר סרוג'י.**

**ת:הגשתי בקשה להזמינו ובית המשפט לא נעתר לבקשה מהסיבה שזו לא חוות דעת ערוכה כדין, ושנית, שאני לא תובע אותם על כל הסכום, ציינתי בכתב התביעה, שאני לא תובע על מי האחריות, אני אומר יש קיר תומך ויש בנינו הסכם של חצי חצי, ואם הייתי תובע אותם על כל הסכום ובעניין סיבת הנזק, הייתי מגיש חוות דעת מבוססת ומציין שהמרזב הוא הסיבה העיקרית. לכן כאן אני לא תובע עוגמת נפש, והוצאות ונזקים, רק את החצי חצי אני תובע. לכן הזמנתי את השמאי שיעריך נזק".** (הדגשות שלי ר.ג').

מצד שני, בסיכומיו (סעיף 42), טען כי המרזב שפתחו היה קרוב לקיר התומך הוא זה שגרם לנזק .

מצד שלישי, התובע השקיע נתח הארי מטיעוניו אם בדרך החקירות ואם בסיכומיו, בו ניסה לשכנע את ביהמ"ש כי על הנתבעים לשאת במחצית העלויות מאחר והסכימו לכך בתחילת הדרך (סעיף 47 ו- 48 לסיכומיו וגם פרוטוקול הדיון).

בע"א 767/77 גבי בן חיים נ' יוסף כהן, לד(1) 565 (1979) נקבע כי:

**"ניתן איפוא לסכם ולומר, שזכאי תובע לסעד המבוקש על-ידו אם העובדות שבכתב התביעה מגלות עילה משפטית המוכרת על-ידי הדין – ואין נפקא מינה מהי אותה עילה משפטית, ואיזו היא, או אם אותה עילה נטענה במלים מפורשות על-ידי התובע אם לאו. לשון אחרת: אם התובע מבקש סעד פלוני על סמך נימוק משפטי מסויים ובית-המשפט מוצאת תביעתו צודקת, לאור אותן העובדות הכלולות בכתב התביעה, אך מנימוק משפטי אחר רשאי הוא לקבל את התביעה, ואין זה בבחינת פסיקה על יסוד עילה אחרת. כפי שכבר נאמר לעיל יש להבחין היטב בין המשמעויות והשימושים השונים הנעשים במושג "עילה" ובמיוחד יש להבחין בין המושג "עילה" המציין מערכת עובדות המזכה בסעד משפטי (תקנה 7(5)), לבין המושג עילה במשמעות של זכות, או סעד (תקנה 228; סעיף 6 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958). ובעוד שאסור לבית-המשפט לפסוק על סמך עילה שונה במשמעות הראשונה של המלה, הרי רשאי הוא לפסוק על סמך עילה שונה במשמעות השנייה – אם מערכת העובדות שבכתב התביעה מגלה זאת".**

לאחר שעיינתי בטענות הצדדים, התרשמתי מהעדויות באופן בלתי האמצעי ולמדתי היטב את חומר הראיות, הגעתי למסקנה כי יש לקבל את התביעה בחלקה.

**התרשלות הנתבעים:**

אומנם מהראיות עולה כי, בקיר היו צינורות ניקוז (חוות הדעת של משה סיגורה מטעם חברת הביטוח של התובע בעמ'4 - נספח א' לכתב התביעה- וכן חוות הדעת של באסם חכים מטעם התובע – נספח ב' לכתב התביעה); ואומנם בחוות הדעת מטעם חברת הביטוח של הנתבעים נקבע כי גורם הנזק בהצטברות מי גשם באדמה בגב הקיר התומך ויצירת לחץ (ראה מסמך שהוגש לתיק ביהמ"ש ביום 8.10.17), אך התובע לא הוכיח כי מקור אותם הצטברויות של המים היה במרזב כפי שטען:

**ראשית,** השמאי באסם חכים אינו מוסמך לקבוע מקור הנזק והוא בעצמו העיד בפני (עמ' 3) כי מסקנותיו אודות מקור הנזק הסתמכו על מסקנת המהנדס נאדר סרוג'י.

**שנית,** המהנדס סרוג'י לא נתן חוות דעת ערוכה כדין, ועל אף החלטתי מיום 15.1.17, בחר התובע שלא לתקן את חוות הדעת ולהגישה לפי מצוות התקנות ובשל כך סרוג'י לא הובא להעיד. מכאן שהמסקנה כי הגורם לנזק הינו סוג האדמה נותרה ללא הוכחה מגורם בעל מומחיות.

**שלישית**, גם מסקנת המומחה מטעם חברת הביטוח של הנתבעים לא פירטה מה סיבת הצטברות המים מאחורי הקיר, האם אירוע הגשם הבלתי צפוי, האם סוג האדמה החוסם או קיום המרזב. המומחה רק ציין כי מדובר בהצטברות מים מאחורי הקיר התומך.

**רביעית,** אף מי מהמומחים לא קבע בחוות דעתו דבר וחצי דבר אודות השפעת קיום המרזב ליד הקיר.

לאור האמור לעיל, לא ניתן לקבוע כי הנתבעים התרשלו בכך שמילאו אדמה חוסמת ואינה מנקזת ולא ניתן לקבוע כי המרזב החשוף יש לו קשר סיבתי בבחינת הגורם הדומיננטי שהביא לנזק שנגרם לקיר. ולפיכך, העילה הנזיקית לא הוכחה.

**עילה מכוח דיני הקניין:**

סעיף 49 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 קובע:

**"(א) קירות, גדרות, עצים ומחוברים וכיוצא באלה הנמצאים במיצר של מקרקעין שכנים (להלן- מחוברים שבמיצר), יראום כנכסים בבעלות משותפת של בעלי המקרקעין השכנים, כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר.**

**(ב) מחוברים שבמיצר רשאי כל אחד מבעלי המקרקעין להשתמש בהם למטרה שלשמה הוקמו, וחייב הוא להשתתף בהוצאות הדרושות כדי להחזיקם במצב תקין לפי שיעור שהוסכם ביניהם, ובאין הסכם כזה – בחלקים שווים, זולת אם מידת השימוש בהם הייתה שונה".**

אין חולק כי, במקרנו מדובר במחוברים שבמיצר, הגדר הוקמה לפני שהתובע רכש את הדירה. מרבית הפסיקה פירשה את הסעיף כמטיל חובה על הצדדים להשתתף בהוצאות הדרושות לשם אחזקת המחוברים במצב תקין (ראה למשל: ע"א (נצ') 24159-09-15 אורגובי נ' לוי [ניתן ביום 25.1.2016]; ע"א (חי') 521/08 צרפתי נ' אלבו [ניתן ביום 2.3.2009]). לפיכך מכוח סעיף זה, ולאור הנסיבות המיוחדות בתיק זה לפיהן הקיר היווה סכנה והצדדים נדרשו לנקוט בצעדים כדי למנוע נזקים לרכוש או לנפש ( ראה מכתב מהנדסת העירייה – נספח ג' לכתב התביעה), ומאחר שלא הוכח וגם לא נטען, כי מידת השימוש של שני הצדדים בקיר שונה, אזי על שני הצדדים לשאת בחלקים שווים בהוצאות תיקון הקיר.

בכך לא הסתיימה המלאכה, מאחר והתובע דורש בנוסף לעלויות של תיקון הקיר, עלויות של תיקון הגינה והשביל, והשאלה האם ניתן מכוח סעיף זה לפסוק לתובע מחצית מהוצאותיו בגין תיקון הגינה והשביל?

אני סבורה, שהשאלה צריכה פתרון מהותי ויש לפרש את הוראות חוק המקרקעין, על פי המטרה החקיקתית וההסדר הנורמטיבי שנקבע ע"י המחוקק, אכן, אף יותר משעלינו להידרש למה שמשמיעות ההיסטוריה והלשון וגם בהן, כאמור, אחיזה ברורה למסקנתי, יש לתן את הדעת לתכליתו של ההסדר שבחוק. דבר-חקיקה, זאת ידענו היטב, מתפרשׁ על רקע תכליתו האובייקטיבית, זו הנלמדת ממכלול המאפיינים הסובבים אותו בעת הפירוש, ומתוך היחס המתקיים באותה עת בינו לבין מערך-החקיקה הכולל ובינו לבין התפישות המשפטיות השוררות. אין לך עיקר יסודי מזה, שהנחילנו כבוד הנשיא ברק, והוא אבן-הראשה בפרשנותם של דברי-חקיקה במשפטנו.

יסוד-מוסד בפרשנות תכליתית בסוגיה הנדונה היא ההבנה כי תיקון גדר לשם אחזקתה במצב תקין מתבצע דרך אחת החלקות או שתיהן, במקרה זה וככל שמדובר בתיקון עמוק שכולל הריסה, פינוי ובנייה מחדש, חלקים מחלקת אותו שכן שממגרשו התבצעה הבנייה עלולים להינזק ונזק זה הינו בלתי נפרד מהליך התיקון. המחשבה לפיה הוצאות תיקון כוללות אך ורק הוצאות ישירות של הריסה ובנייה ללא התחשבות בהוצאות שמהוות חלק מהליך התיקון, מחטיאה, לטעמי, את מטרת החוק שבמהותה שואפת להשגת שוויון בהוצאות המוטלות על שני השכנים בתיקון המחובר שבמיצר. אחרת, עלול להיווצר מצב שבו שני הצדדים יסרבו כי העבודות יבוצעו מחלקתם מחשש שיישאו בהוצאות נוספות שהשכן לא נושא בהן. לטעמי, כל הוצאה שמתחייבת לצורך תיקון המחובר ושמהווה חלק בלתי נפרד מהליך התיקון, ממלאה אחר הוראת הסעיף כ- "..הוצאות הדרושות כדי להחזיקם במצב תקין".

תיקון הקיר מתאפשר בשתי דרכים בלבד או באמצעות כניסה ממגרש התובע או כניסה ממגרש הנתבעים. כניסה דרך מגרש הנתבעים לא היתה מסבה נזק למגרשם שלא היה מעובד ולא היו משתמשים בו, לעומת כניסה מחצרי התובע הביאה למצב שהגינה ניזוקה יחד עם השביל המוביל לקיר, מדובר בהוצאה שמהווה חלק בלתי נפרד מהליך התיקון ויש להכיר בה, גם לאור העובדה כי, לתובע לא הייתה כל דרך אחרת לתקן את הקיר שהתמוטט אלא באמצעות ביצוע העבודה מחצריו, בשל התנגדות הנתבעים, וגירוש הקבלן ממגרשם, כפי שיפורט בהמשך.

לאור האמור לעיל, אני סבורה כי בנסיבות העניין, פרשנות תכליתית של מטרת הסעיף מביאה למסקנה, כי על הנתבעים לשאת במחצית עלות תיקון הגינה והשביל.

בנוסף, ניתן לחייב את הנתבעים בעלות תיקון הקיר, מכוח דיני החוזים;

**ההסכם בין הצדדים:**

בין הצדדים נחתם הסכם עבודה (נ/2) לפיו ייבנה קיר תומך באורך 12 מטר בגובה 4.5 מטר ע"פ תכנית קונסטרוקציה שמר סרוג'י יכין; לפי ההסכם, תוגש תכנית לוועדה המקומית לתכנון ובנייה והתובע אישר זאת בעדותו בפני (עמ' 8). שכרו של סרוג'י שולם ע"י שני הצדדים. התובע העיד בפני כי הסכם זה בוטל לאחר שפנו לקבלן מג'די עלי וזה נתן שתי הצעות לבנית הקיר מהן בחרו הצדדים את ההצעה בעלות של 95,000 ₪ לפיה ייבנה קיר בגובה 2.25 בשני מפלסים (עדותו עמ' 9):

**"...אבל ההסכם הזה בוטל בעצם כי אחרי שנפגשנו עם אבו אמג'ד הקבלן, הוא הציע שתי הצעות, או לבנות את זה ככה לפי ההסכם נ/2 בעלות יותר יקרה ב 123,000 ₪ או בשיטה השניה, שזה מה שהתקבל בסך של 95,000 ₪ הכול חצי חצי, ולראייה תוכנית ההיתר בנייה שחתומים עליה שני הצדדים, אותו מהנדס נאדר שעשה את ההסכם מגיש שתי מפלסים ואז הגובה של אחד 2.25 מטר והשני 2.25 מטר וזה ברוחב 12 מטר אם אני לא טועה, ונאדר עשה תוכנית לא לפי ההסכם כך שההסכם הזה בוטל. פגישה עם הקבלן היתה אחרי הפגישה עם המהנדס והבקשה נעשה בהתאם להנחיות של הקבלן".**

הנתבעים מודים בכתב ההגנה כי הסכימו להשתתף בעלויות הקיר לפי ההצעה של מג'די עלי בסכום של 95,000 ₪, וכי ביצוע העבודות ייעשה דרך המגרש שלהם (סעיף 28 לכתב ההגנה ועמ' 16 לעדות הנתבעת), אולם הסכמתם בוטלה לאחר שהתובע התעקש לבנות קיר מאבן כבד ולא בטון מזוין והם ביקשו לא לשאת באחריות עתידית למצב הקיר בשל התעקשות זו של התובע וגם עקב כך שהתובע לא הגיש מסמכים לקבלת היתר בניה ולא הסכים לפטור אותם מאחריות על אף שאינו בונה קיר מבטון מזוין אלא מאבן כבד ולכן הם לא הסכימו (עמ' 17).

בנוסף, טענו הנתבעים כי הם ביטלו את השיק שנתנו לקבלן מג'די מאחר והתובע נתן הוראה לקבלן להפסיק את העבודה עד שיקבל היתר בניה, אך התובע לא פעל להמצאת המסמכים הדרושים ולכן שלחו לתובע מכתב ביום 2.2.15 שבו הם מתנים המשך העבודה בחתימה על הסכם הבנות והמצאת המסמכים הדרושים (נספח ד' לכתב ההגנה), ומשלא עשה זאת, הסיכום לא יצא לפועל.

התרשמתי כי הנתבעים התנהלו בחוסר תום לב במהלך ביצוע החוזה בניגוד לסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג – 1973, וכי ביטול החוזה וגירוש הקבלן היווה הפרה יסודית של ההסכם עם התובע שמזכה אותו באכיפת החוזה:

**ראשית,** תחילה אציין כי, התנהלות הנתבעים בפרשיה זו היתה חסרת תום לב מאחר והם טענו בפניי כי מקור הנזק הינו בעבודתו שיפוצים שהתובע עשה עם מעברו לדירה בשנת 2007, ובעדות הנתבעת 2 היא לא ידעה לומר מתי ראתה את הסדק לראשונה. אם כך, הנתבעים הפריחו את טענת השיפוצים באוויר ללא שהיה להם מידע מבוסס, או ליתר דיוק, על אף שהיה להם מידע אחר שקיבלו מחברת הביטוח שלהם שפנו אליה בתחילת 2015, וטענו בפניה כי הגדר התמוטטה ולא הזכירו כלל את עניין השיפוצים של התובע. בהתאם, הנתבעים קיבלו פיצויים מחברת הביטוח שביטחה את ביתם ולא טרחו להזכיר עניין זה בתיק לא עם הגשת כתב ההגנה ולא בשלב מאוחר יותר, והדבר התגלה בחקירה הנגדית בלבד; יתרה מזו, הנתבעים העלו את הטענה של השיפוצים על אף שהיה ידוע להם, אותה עת, שמומחה חברת הביטוח קבע בחוות דעתו מיום 28.4.15 כי " גורם הנזק בהצטברות מי גשם באדמה בגב הקיר התומך ויצירת לחץ", ובהתאם לקביעה זו קיבלו פיצוי מחברת הביטוח, אך בעזות מצח טענו אחרת בפניי. התנהלות זו של הנתבעים מקוממת וחסרת תום לב היא, וזאת בלשון המעטה. התנהלות זו משליכה על מידת האמון שביהמ"ש נותן בגרסתם, ביהמ"ש אינו יכול לתת אמון בעדות מי מהנתבעים לאור התנהלותם זו.

**שנית,** התניית המשך קיום ההסכמה בין הצדדים בכך שהקיר ייבנה מבטון מזויין, אין לה כל אחיזה בהצעת המחיר של מג'די עלי, ששני הצדדים הסכימו כי היוותה את נקודת המפתח להסכמות ביניהם. הנתבעים לא הוכיחו, מעבר לעדות יחידה של בעלי הדין, כי היה בין הצדדים סיכום כי הקיר ייבנה אך ורק מבטון מזויין.

כך גם לעניין דרישת הנתבעים להיות פטורים מאחריות עתידית לגבי בניית הקיר, משסיכמו הצדדים על השתתפות בבניה לפי הצעת מג'די עלי ולפי תכנית שהמהנדס סרוג'י, היה עליהם לכבד הסכמה זו מבלי להתחיל לייצר תניות שאין להן בסיס חוקי ואינן מתקבלות על הדעת. התנית המשך ביצוע ההסכם בהסכמת התובע כי יפטור אותם מאחריות עתידית מהווה התנהלות שלא בתום לב בניגוד לאמור בסעיף 39 לחוק החוזים.

**שלישית**, אומנם, ההתניה כי העבודות יימשכו אך ורק אם יינתן היתר בניה, הינה דרישה חוקית ואף מעוגנת בדיני החוזים (סעיף 27(ב) לחוק החוזים), אולם בנסיבות המקרה הנתבעים מושתקים מלטעון כי זו מהווה סיבה בתום לב בשל העובדה כי הסכימו להתחיל בעבודות התיקון ללא היתר (ראה עדות הנתבעת עמ' 17).

בנוסף, לא הוכיחו הנתבעים כי התובע עיכב קבלת ההיתר, אינני יכולה לקבל עדות יחידה של בעלי הדין בהעדר חיזוק ביתר הראיות בתיק ( סעיף 54 לפקודת הראיות), הנתבעים יכלו להציג בפני ביהמ"ש מועד הגשת הבקשה לקבלת ההיתר שמראה על זמן בלתי סביר שמקורו בתובע ו/או כל ראיה התומכת בטענתם כי התובע התנהל שלא כדין.

**רביעית**, מהעדויות התברר כי הנתבעים בכלל הפסיקו את עבודת הקבלן מהסיבה כי הנתבע 1 חשד כי הקבלן מוציא אדמה ממגרשו ולא מהסיבות שהוצגו לעיל;

כך העיד הנתבע 1 בעמ' 21 שורות 12-16:

**"לא איימתי עליו. כשהוא החליט להיכנס עם הטרקטור ולעשות עבודות במגרש שלי, אמרתי לו במגרש שלי אתה לא עושה כלום. אבל הבן או הקבלן אמרו לי שהשכן אמר שנוציא את החלק האחורי מהחלק הקדמי. לא הסכמתי, אמרתי הוא לא נוגע במגרש שלי. הוא אמר לי אבל התובע אמר לי לעשות, אז אמרתי אם תעשה, אני אזמין משטרה ואעצור את העבודה. לא איימתי, קיימתי את החוק של השגת גבול. זה החוק גם לגבי אם מישהו נכנס לחצר".**

למעלה מן הדרוש אציין כי, הנתבעת הרחיקה לכת והמציאה גרסה חדשה שלא בא זכרה באף מקום ושמהווה סתירה לעדות התובע ולעדותה בעצמה (עמ' 17) כשהנתבעת העידה כי הפסקת העבודה היתה כי התובע דרש מסמכי הביטוח של הטרקטורים ורק לאחר שהקבלן סיפר לה זאת היא חשבה להעלות את ההסכמות על הכתב ולהתנות את המשך העבודה בקבלת היתר בניה ואי נטילת אחריות ( עמ' 18), גרסה זו עלתה לראשונה בעדות ולא הוזכרה בתצהירים, הרחבת חזית אסורה.

מהאמור לעיל , התרשמתי כי הנתבעים הסכימו כי ישתתפו בעלויות תיקון הקיר ע"פ הצעתו של מג'די בסכום של 95,000 ₪. והסכימו כי העבודה תתבצע ממגרשם, אך היה להם חשש כי הקבלן מוציא אדמה ולכן גירשו אותו ופנו למשטרה אך כשהתברר כי לא נלקחה אדמה נתבע 1 התנצל (ראה עדות הנתבעת עמ' 17-18).

לא ראיתי כל סיבה מניחה את הדעת לשינוי בעמדת הנתבעים לפיה הם משלמים פחות ממחצית העלויות, ומתנערים מאחריות עתידית, הם אלו שפעלו לאי ביצוע החוזה בהתניית תנאים שאינם הגיוניים ויש בהם חוסר תום לב, במיוחד לאור עמדתם שהתגלתה בפני ביהמ"ש מתוך עדותם כי הם סיכמו והתחייבו לשאת במחצית עלות התיקון;

הנתבעת העידה כי הסיכום עם הקבלן כי הוא מקבל 50% מהעלות (עמ' 18 שורות 16-15), בהמשך משפרת את גרסתה ומעידה כי סוכם שתשלם פחות מ- 50% כי הסכימה לוותר על חלק מהגינה שלה 0עמ' 18 שורה 23). גם מעדות הנתבע 1 התברר כי הנתבעים הסכימו כי יישאו בעלויות חצי חצי (עמ' 21 שורות 23-24):

**"ש:הגשתם תביעה נגד הביטוח.**

**ת:כן, וקיבלנו סכום כסף שהיינו אמורים להוסיף 7500 ₪ ואז זה הופך לחצי חצי". (ההדגשה לא במקור ר.ג')**

**התוצאה:**

סעיף 39 לחוק החוזים קובע כי "בקיום של חיוב הנובע מהחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב ...". אי קיום חיוב בתום לב או "פעולה בחוסר תום לב מהווה אפוא הפרת חוזה. הפרה כזו מזכה את הנפגע ממנה בתרופות השונות הניתנות בגין הפרת החוזה, והן בעיקר אכיפה, פיצויים וביטול" [פרופ' גבריאלה שלו, דיני חוזים – החלק הכללי 126 (2005); ע"א 9447/06 פנקס נ' אלכס (פורסם בנבו, 25/3/08)].

בענייננו, הנתבעים לא עשו מאומה לשם קידום תיקון הקיר ועמידה בהתחייבותם שסיכמו עם התובע, הם המציאו סיבות שונות ומשונות לגירוש הקבלן והפסקת העבודה, וגם כאשר הקבלן עבד מהצד של מגרש התובע, הרס, ובנה, הם "ישבו על הגדר" ולא עשו דבר. מדובר בהתנהלות חסרת תום לב שמהווה הפרה יסודית להסכם. התנהלות זו היא שאילצה את התובע לבצע את התיקונים ממגרשו וכתוצאה מכך, להרוס את הגינה והשביל.

**הנזק:**

בנסיבות העניין יש לחייב את הנתבעים במחצית עלות העבודות לפי ההסכם עם הקבלן מג'די עלי , מדובר באכיפת חוזה מכוח סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א – 1970 שקובע כי:

**"הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה:**

**(1)החוזה אינו בר-ביצוע;**

**(2)אכיפת החוזה היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי;**

**(3)ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל;**

**(4)אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין.ולל עבודות הגינון".**

ובנוסף, יש לפסוק לתובע פיצויים בגין הנזק שנגרם לגינה ולשביל, מכוח סעיף 10 לחוק התרופות הקובע כי : "הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה".

הנתבעים ראו ו/או היה עליהם לראות בעת ההסכמה עם הנתבע כי אם יבטלו את ההסכמה והתובע ייאלץ לבצע את התיקונים מחלקתו, הדבר יגרום להריסת הגינה והשביל.

הקבלות והחשבוניות שהתובע הגיש לתיק מסתכמים בסכום של 59,772 ₪ ללא ציפוי אבן (ציפוי האבן לא נכלל בהסכמות בין הצדדים ומהווה שיפור בחזות הקיר שהנתבעים אינם חבים בה), לא ניתן לחלץ מהקבלות מהן הסכומים המתייחסים לגינה ולשביל ומה לקיר, אין ביכולתי להסתמך על הקבלות לשם פסיקת הנזק.

הסיכום בין הצדדים עבור תיקון הקיר הינו 95,000 ₪ ועל הנתבעים לשאת במחציתו בסכום של 47,500 ₪.

בנוסף, עליהם לשאת במחצית עלות הגינון והשביל כאמור בהערכת השמאי מטעם התובע מר באסם חכים שנחקר על חוות דעתו ומסקנותיו אודות רכיבים אלו לא נסתרו, השמאי קבע סכום של 26,000 (ללא מע"מ) עבור ביצוע תשתית ויציקת שביל מחדש שכוללת ריצוף (כולל חומרים), וסכום של 8,000 ₪ (ללא מע"מ) עבור עבודות גננות כולל שחזור צמחיה ודשא. ובסך הכל 17,000 ₪ + 16% מע"מ (דאז) וביחד שווה ל- 19,720 ₪.

**סוף דבר:**

הנתבעים ישלמו לתובע סך של 67,220 ₪.

כמו כן ישאו הנתבעים בשכ"ט עו"ד בסך של 8,000 ₪ והוצאצת משפט בסך של 2,000 ₪.

הסכומים ישולמו תוך 30 יום מהיום והם יישאו הפרשי הצמדה החל מהיום ועד למועד התשלום בפועל.

**המזכירות תמציא את פסק הדין לצדדים.**

ניתן היום, כ"ה ניסן תשע"ח, 10 אפריל 2018, בהעדר הצדדים.

